

Artikel

Feitelijk leidinggeven

Hoe een weinig vernieuwend arrest toch veel nieuws kan brengen; een kritische beschouwing

Mr. dr. M.J. Hornman*

1. Inleiding: Niets nieuws onder de zon?

128

Recentelijk heeft de Hoge Raad de gelegenheid aangegrepen om zijn beslissingskader voor feitelijk leidinggeven nogmaals uit de doeken te doen en verder te verduidelijken.¹ Voor de ingevoerde lezer bevat dit arrest weinig nieuws.² De Hoge Raad continueert de lijn die met de Slavenburgbeschikkingen is ingezet en vult dit aan met het inmiddels eveneens bekende standaardstramien voor de vaststelling van het daderschap van rechtspersonen uit het Drijfmest-arrest. Wel stelt de Hoge Raad, anders dan in de Slavenburgbeschikkingen die op meer passieve betrokkenheid zagen, actievere inmenging zoals het daadwerkelijk aansturen of initiatief nemen duidelijk voorop.

Deze actieve verschijningsvorm van feitelijk leidinggeven kan bestaan uit (i) het leidinggeven in de normale betekenis van het woord, oftewel het actief en effectief aansturen van de gedraging(en) van de rechtspersoon. Daarnaast lijkt de Hoge Raad twee net iets minder actieve vormen van feitelijk leidinggeven te onderscheiden. Het gaat dan allereerst (iia) om de situatie waarin de verboden gedraging het onvermijdelijke gevolg is van het

algemene, door de verdachte gevoerde beleid.³ Voorts (iib) gaat het om het geval waarin de verdachte een zodanige bijdrage heeft geleverd aan een complex van gedragingen dat heeft geleid tot de verboden gedraging en waarbij de verdachte een zodanig initiatief heeft genomen, dat deze moet worden geacht feitelijk leiding te hebben gegeven aan die verboden gedraging.⁴ Bijna zijdelings merkt de Hoge Raad in het verlengde de beschrijving van deze vormen van actieve betrokkenheid op dat niet is vereist dat een ander de fysieke uitvoeringshandelingen heeft verricht. Het feit dat de feitelijk leidinggever de delictsgedraging geheel eigenhandig vervult en dus ook als fysiek pleger kan worden aangemerkt sluit feitelijk leidinggeven niet uit. Die opmerking is geen overbodige luxe.⁵ Dat het feitelijk leidinggeven

* Mr. dr. M.J. Hornman is universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam. De auteur is in juni 2016 gepromoveerd aan de Universiteit Utrecht op een proefschrift naar de strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevend van ondernemingen.

1. HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733.

2. Tot die conclusie komen ook C.M.I. van Asperen de Boer, A.M. de Koning en M.T. van der Wulp, 'Rubriek Financieel strafrecht', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming* 2016/6, afl. 4, p. 168.

3. De Hoge Raad verwijst hier naar HR 22 maart 1983, *NJ* 1983, 502 waarin feitelijk leidinggeven werd aangenomen op grond van het feit dat voor het personeel onmogelijk was om zonder daarbij in conflict te komen met de rijtijdenregelgeving gevolg te geven aan de direct op het algemene beleid van de verdachte terug te voeren concrete opdrachten, terwijl de verdachte zich ook volledig van die onmogelijkheid bewust was.

4. Hier verwijst de Hoge Raad naar HR 10 februari 1987, *NJ* 1987, 662 m.nt. A.C. 't Hart waar de verdachte als directeur van een rechtspersoon die een luchthaven exploiteerde aan een ondergeschikte de suggestie had gedaan om de havenmeester van de luchthaven in strijd met de waarheid voor te houden dat een lading met kuikens gevaar zou lopen indien de benodigde ontheffing voor het uitvoeren van een nachtvlucht niet zou worden verleend. Volgens de Hoge Raad begreep de verdachte of had deze moeten begrijpen dat de medewerker in kwestie die suggestie zou kunnen opvolgen en zodoende de ontheffing zou verkrijgen. Daarmee heeft de verdachte het verkrijgen van die ontheffing daadwerkelijk bewerkstelligd. Daaraan doet niet af dat de verdachte met de verdere organisatorische aspecten van de vlucht geen bemoeienis heeft gehad.

5. Zie de recente vernietiging van een aantal arresten van het Gerechtshof Amsterdam inzake de Vastgoedfraude waar het gerechtshof wel van een dergelijke onverenigbaarheid lijkt uit te gaan (zie HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1382 en ECLI:NL:HR:2016:1387).

in de meest ideaaltypische situatie vooral zal bestaan uit wat door Knigge is omschreven als een ‘combinatie’ of een ‘complex van doen en laten’,⁶ betekent niet dat het (deels) zelf vervullen van de delictomschrijving aan feitelijk leidinggeven in de weg staat.⁷ Niet alleen is het niet nodig dat een ondergeschikte de uitvoeringshandelingen voor zijn of haar rekening neemt, er kan zelfs sprake zijn van feitelijk leidinggeven zonder dat er überhaupt een ondergeschikte in beeld is. Ook de zzp’er die zijn of haar bedrijfsactiviteiten onderbrengt in een rechtspersoon kan, indien met deze rechtspersoon strafbare feiten worden begaan, als feitelijk leidinggever worden aangemerkt. Het gaat erom dat er feitelijk leiding is gegeven aan de gedragingen van de rechtspersoon, daarvoor is niet noodzakelijk dat er ook aan een andere natuurlijke persoon leiding wordt gegeven.

De welbekende Slavenburgformule wordt in de opsomming van de Hoge Raad pas als derde en laatste verschijningsvorm van feitelijk leidinggeven genoemd. Onder omstandigheden (iii) kan namelijk ook een meer passieve rol tot het oordeel leiden dat een verboden gedraging daardoor zodanig is bevorderd dat van feitelijk leidinggeven kan worden gesproken. Dat kan volgens de Hoge Raad in het bijzonder het geval zijn wanneer de verdachte ondanks het feit dat hij bevoegd en redelijkerwijs gehouden is om maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van verboden gedragingen, dergelijke maatregelen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat deze verboden gedragingen zich zullen voordoen.⁸ Deze volgorde lijkt nogmaals te bevestigen dat de in de Slavenburgbeschikkingen naar voren komende criteria de ondergrens voor feitelijk leidingge-

ven vormen.⁹ Zij formuleren de minimaal benodigde mate van betrokkenheid om van feitelijk leidinggeven te kunnen spreken. Dat de Slavenburgcriteria in het overzichtsarrest een minder prominente positie krijgen toebedeeld, valt te verwelkomen. Het aanhalen van deze op passieve betrokkenheid gerichte criteria wil in situaties van actieve inmenging nogal eens tot verwrongen of gekunstelde redeneringen leiden. Indien de betrokkene zelf actief heeft aangestuurd op de verboden gedragingen, dan is het verwijt aan zijn adres niet zozeer dat hij de vervolgens door anderen verrichtte maar door hemzelf geïnitieerde gedragingen had moeten beëindigen, maar vooral dat hij nooit het initiatief tot die gedragingen had moeten nemen.

Het enige uit het arrest dat wellicht het predicaat nieuw kan dragen zijn de overwegingen over de vaststelling van opzet van rechtspersonen en de opmerking dat ook een rechtspersoon feitelijk leiding kan geven. Dat eerste onderwerp werd in het Drijfmest-arrest nog uitdrukkelijk ‘geparkeerd’.¹⁰ Het opzet van de rechtspersoon is sindsdien weliswaar een enkele keer in de cassatierechtpraak aan de orde geweest,¹¹ maar nog niet eerder in een dergelijke algemene richtinggevende beschouwing gegoten. Voor wat betreft het feitelijk leidinggeven door rechtspersonen sluit de Hoge Raad aan bij een opvatting die in de literatuur al breed werd gedeeld.¹²

Waarom is dit arrest dan toch besprekenswaardig? Het belang van dit arrest schuilt mijns inziens in het feit dat de Hoge Raad vasthoudt aan zijn bestaande rechtspraak en daarin ook geen millimeter beweegt. Voor een materieelrechtelijk leerstuk dat in de literatuur en de lagere rechtspraak duidelijk ‘in ontwikkeling’ is zoals Leliveld het formuleert,¹³ kan die pas op de plaats niet anders worden geïnterpreteerd dan als een signaal dat de Hoge Raad niet voornemens is om zijn standpunt in dezen te wijzigen. De vraag is of die standvastigheid terecht is.

In deze discussie over de grenzen van feitelijk leidinggeven neemt het opzetvereiste en de daarin besloten liggende voorwaarde van kennis een centrale rol in. Derhalve zal eerst worden toegelicht wat de concrete strekking van dit opzetvereiste is, om vervolgens te laten zien waarom deze voorwaarde voor aansprakelijkheid onder bepaalde omstandigheden problematisch is. Aansluitend

6. G. Knigge, ‘Doen en laten; enkele opmerkingen over ouderschap’, *DD* 1992/22, afl. 2, p. 132 en 139.
7. Dat laatste betekent overigens niet dat met het zelf fysiek vervullen van de delictomschrijving ook het feitelijk leidinggeven vaststaat (zo ook E. Sikkema, ‘De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevers in Nederland’, in: E. Sikkema en P. Waeterinckx (red.), *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van leidinggevers – in de economische context – Preadvies voor de jaarvergadering van de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2010*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 68-69). Leidinggeven veronderstelt dat de betrokkene de door de rechtspersoon begane gedragingen heeft bevorderd. Dat vergt een bewijsmotivering die meer omvat dan de enkele constatering dat de betrokkene de delictgedraging eigenhandig heeft verricht.
8. HR 16 december 1986, *NJ* 1987, 321 en 322 m.nt. A.C. ‘t Hart (Slavenburg II). Dit bewustzijnsaspect wordt in de Slavenburgformule direct genoemd, maar komt in het overzichtsarrest pas in de aansluitende rechtsoverweging tot uiting waar de Hoge Raad opzet als algemene voorwaarde voor feitelijk leidinggeven formuleert. Wat de Hoge Raad wil accentueren met de zinsnede ‘in het bijzonder’ is mij niet direct duidelijk. Volgens Keupink (in diens annotatie onder dit arrest op SR-Updates.nl 2016-0199) suggereert dit dat er wellicht ook andere criteria zijn die in geval van passieve betrokkenheid feitelijk leidinggeven kunnen opleveren. Hoewel het begrijpelijk is dat de Hoge Raad zich niet al te zeer wil vastpinnen, vraag ik mij af of door het opnemen van dergelijke ontsnappingsclausules niet eerder meer verwarring wordt gecreëerd dan dat er duidelijkheid wordt geschapen. Ook in het Drijfmestarrest houdt de Hoge Raad de optie van andere criteria open, zonder dat er ook maar enige verdere indicatie is dat hij voornemens is om ook andere criteria voor ouderschap te accepteren.

9. Vgl. J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 505; H.D. Wolswijk, ‘Feitelijk leidinggeven en opdracht geven’, in: J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 89.
10. HR 21 oktober 2003, *NJ* 2006, 328 m.nt. P.A.M. Mevis (Drijfmest), r.o. 3.5; M. Kessler, ‘Beschikkingsmacht centraal bij functioneel plegen. Beschouwingen naar aanleiding van het drijfmestarrest’, in: B.F. Keulen, G. Knigge en H.D. Wolswijk (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong* (De Jong-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 203.
11. Meest noemenswaardig is HR 29 april 2008, *NJ* 2009, 130 m.nt. Y. Buruma (Fiscale fraude gemeente Etten-Leur).
12. Zie o.a. D.R. Doorenbos, *Schets van het economisch strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 70-71; F.G.H. Kristen, ‘Maatschappelijk verantwoord ondernemen en strafrecht’, in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2010-1), Deventer: Kluwer 2010, p. 173.
13. Zie J.T.C. Leliveld in diens annotatie onder Hof Den Haag’s-Gravenhage 19 mei 2015, *NBSTRAF* 2015, 119 (Rabobank; art. 12 Sv-procedure).

zullen de ontwikkelingen in de literatuur en de jurisprudentie die dit probleem zouden moeten redresseren worden toegelicht, om vervolgens nader in te gaan op de vermoedelijke reden van de Hoge Raad om vast te houden aan zijn bestaande rechtspraak. Dit artikel sluit af met een tweetal alternatieve oplossingen: het frequenter gebruiken van functioneel ouderschap en een aanvullend voorstel dat in mijn ogen tegemoetkomt aan de kritiek die zowel kan worden geleverd op de in de literatuur naar voren gebrachte opvattingen als aan de kanttekeningen die kunnen worden geplaatst bij de visie van de Hoge Raad. Beide alternatieve oplossingen dragen bij aan meer effectieve rechtshandhaving, zonder afbreuk te doen aan het schuldbeginsel of het bestaande wettelijk systeem.

2. Feitelijk leidinggeven veronderstelt opzet

Naar geldend – en onlangs dus door de Hoge Raad bevestigd – recht, kan slechts feitelijk leiding worden gegeven aan feiten waarvan men op de hoogte is. Het gaat daarbij om een enigszins van de concrete door de rechtspersoon begane gedragingen geabstraheerde kennis. Niet nodig is dat de leidinggevende op de hoogte was van de daadwerkelijk door de rechtspersoon begane strafbare feiten. Wel zal hetgeen deze wist minimaal rechtstreeks verband moeten houden met de in de tenlastelegging genoemde aan de rechtspersoon verweten verboden gedragingen. In dat verband wordt ook wel gesproken van kennis van soortgelijke gedragingen.¹⁴ Wat dit precies behelst is niet geheel duidelijk. Communis opinio lijkt te zijn dat de leidinggevende geen opzet hoeft te hebben op alle in de tenlastelegging genoemde en door het schuldverband bestreken bestanddelen van het door de rechtspersoon begane (doleuze) delict,¹⁵ maar alleen op de zogeheten kernbestanddelen.¹⁶ Evenmin behoeft de leidinggevende op de hoogte te zijn van het waar, wanneer en hoe de desbetreffende gedragingen zijn begaan.¹⁷

2.1. Probleem van de tenlastelegging

De kennis stelt de rechtspraak om twee redenen voor problemen. De eerste komt al direct in de bewoor-

dingen van de Hoge Raad tot uiting. Er komt namelijk vergaande betekenis toe aan de wijze waarop de tenlastelegging is vormgegeven. De kennis ziet immers op de daarin genoemde gedragingen. Een te specifieke wijze van ten laste leggen kan daarmee onnodige en onoverkomelijke bewijsproblemen creëren. De vervolging van diverse leidinggevers naar aanleiding van de grootschalige brand bij chemieconcern Chemie-Pack laat dit duidelijk zien. Hier koos het Openbaar Ministerie ervoor om het verwijt aan het adres van de ondernemingsleiding concreet toe te spitsen op het gebruik van de gasbrander die de uiteindelijke brand heeft veroorzaakt. Dit terwijl het OM er ook voor had kunnen kiezen om de tenlastelegging zo in te kleden dat het verwijt aan hun adres eruit zou bestaan dat zij door op beleidsmatig niveau bepaalde risicoverhogende omstandigheden in het leven te roepen, leiding hebben gegeven aan het – kortgezegd – opzettelijk dan wel culpoos veroorzaken van brand (art. 157 en 158 Sr). Deze keuze komt het OM op stevige kritiek te staan van zowel de rechtbank als het gerechtshof.¹⁸ Dergelijke kritiek aan het adres van het OM is niet nieuw.¹⁹ Anders dan bij een meer abstracte tenlastelegging het geval was geweest, vergt een bewezenverklaring van feitelijk leidinggeven onder deze omstandigheden dat de betrokkene op de hoogte was van het gebruik van de gasbrander, dan wel van open vuur in zijn algemeenheid, zo stelt althans het gerechtshof. Dat de leidinggevende bekend is met een of meerdere riskante aspecten van de bedrijfsvoering, zoals het (stelselmatig) niet naleven van vergunningsvoorschriften of het niet inventariseren van veiligheidsrisico's, is daarvoor niet afdoende. Bij een anders opgebouwde tenlastelegging zou dat wellicht wel het geval zijn geweest.²⁰ Het gebruik van de gasbrander c.q. van open vuur is in de ogen van het gerechtshof, zelfs indien

14. De Hullu 2015, p. 507; S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevers* (diss. RuG), Deventer: Kluwer 2009, p. 428.

15. Gemakshalve laat ik overtredingen en culpoze misdrijven buiten beschouwing. Daar geldt dat het opzet beperkt blijft tot de gedraging van het voorliggende strafbare feit (De Hullu 2015, p. 504; De Valk 2009, p. 431).

16. A.C. 't Hart in diens noot onder HR 14 september 1987, *NJ* 1988, 45 (Rijtijden); De Hullu 2015, p. 507. Over de vraag wanneer een bestanddeel een kernbestanddeel is, bestaat dan weer geen overeenstemming (zie hierover nader D.R. Doorenbos, 'Slecht leiding geven', in: A.A. Franken en Th.J. Kelder (red.), *Sporen in het strafrecht. Liber amicorum Jan Sjöcrona* (Sjöcrona-bundel), Deventer: Kluwer 2014, p. 36-39; Wolswijk 2007, p. 95-105).

17. R. van Elst, *Strafbare rechtspersonen en hun leidinggevers*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 59-60; G. Knigge en H.D. Wolswijk, *Het materiële strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 312.

18. Rb. Breda 21 december 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BY7000 en Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1597, waarbij de rechtbank expliciet verwijst naar de tenlasteleggingen uit eerdere soortgelijke zaken als de vuurwerkramp in Enschede en de brand in het Volendamse café 't Hemeltje.

19. J.C.M. Leijten, 'Leiding geven aan een verboden gedraging, begaan door een rechtspersoon', in: H.J.M.N. Honée e.a. (red.), *Van vennootschappelijk belang. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J.M.M. Maeijer ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen* (Maeijer-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 144-145; R.A. Torringa, *De rechtspersoon als dader; strafbaar leidinggeven aan rechtspersonen*, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 52-53.

20. Zo klinkt in de overwegingen van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch over het ouderschap en de schuld van de rechtspersoon Chemie-Pack ook een duidelijk verwijt aan zijn senior management door. Het hof gaat weliswaar niet volledig mee in de beeldvorming die door het OM is geschetst over de veiligheidscultuur binnen deze BRZO-onderneming, zo blijkt uit de overwegingen inzake de straftoemeting, maar het signaleert wel dat het management structureel onvoldoende belang hechtte aan het naleven van cruciale veiligheidsvoorschriften en vergunningen. Voorts was het management bekend met de onveilige niet-vergunde situatie en wist het dat het productieproces werd verricht op een buitenlocatie waar dat niet was toegestaan en die daarvoor niet geschikt was, juist vanwege het zich daar bevinden van brandbare en explosieve materialen. Die factoren bieden bouwstenen voor een bewezenverklaring van feitelijk leidinggeven aan culpoze brandstichting die de toets in cassatie zou kunnen doorstaan (vgl. HR 1 februari 2005, *NJ* 2006, 421 (S.E. Fireworks), r.o. 8).

de door de verdachten in het leven geroepen risicocreërende omstandigheden in onderlinge samenhang worden gezien, van een zodanig uitzonderlijk karakter dat deze gedraging niet geacht kan worden in rechtstreeks verband te staan met hetgeen de verdachten bekend was omtrent de onvergunde en onveilige werkwijze binnen Chemie-Pack. Tegen die achtergrond is het spijtig dat zowel de verdachten als het OM hebben besloten om niet in cassatie te gaan.²¹ Daarmee wordt de Hoge Raad de gelegenheid ontnomen om op korte termijn meer duidelijkheid te verschaffen over hoe rechtstreeks het kennisverband dient te zijn en wellicht ook enige richtinggevend overwegingen te wijden aan de vormgeving van de tenlastelegging.

2.2. Probleem van onwetendheid in zijn algemeenheid

Ook in zijn algemeenheid blijkt de kenniseis regelmatig problematisch. Door genoeg te nemen met kennis die in rechtstreeks verband staat met de in de tenlastelegging genoemde gedragingen is de kenniseis al enigszins verruimd. Een soort generiek of globaal opzet volstaat.²² Dit afgezwakte karakter van het benodigde opzet neemt evenwel niet weg dat kennis nog steeds meer veronderstelt dan het enkele vage vermoeden dat er binnen de onderneming mogelijkerwijs iets niet in de haak is.²³

Voor kleine overzichtelijke ondernemingen toont het bewijs van dat benodigde opzet zich veelal niet problematisch, simpelweg omdat de leidinggevende doorgaans actief betrokken is bij de operationele werkzaamheden waardoor een sterk en moeilijk weerlegbaar vermoeden van kennis rijst.²⁴ Naarmate de onderneming in omvang en/of complexiteit toeneemt, neemt die betrokkenheid en daarmee ook de vanzelfsprekendheid van kennis af. Het verweer dat de leidinggevende niet op de hoogte was, wordt daardoor geloofwaardiger.²⁵ Informatie moet een grotere afstand overbruggen, meerdere schakels en managementlagen passeren en mogelijkerwijs ook nog worden samengevoegd met informatie uit andere bedrijfsonderdelen. Daardoor wordt de kans groter dat informatie de organisatietop niet, te laat, selectief of gekleurd bereikt. In overwegend decentraal georiënteerde ondernemingen zal daarenboven ook nog eens weinig aanleiding bestaan om informatie te delen met de hogere echelons uit de organisatie. Als gevolg hiervan pakt de kenniseis meestal dusdanig uit dat het de spreekwoordelijk laagsten in rang zijn die het hoogst komen te han-

gen, terwijl het hogere management de dans ontspringt. De causale keten tussen de strafbare feiten op decentraal niveau en de gedraging(en) van de ondernemingstop is veelal te fragiel, terwijl de daadwerkelijke kennis van de delicten te beperkt is en de invloed op beslissingen die lager in de organisatie zijn of moeten worden genomen te indirect is om ook de organisatietop aansprakelijk te kunnen houden.²⁶ De onwetenden zijn aldus zalig.

Dat gegeven heeft in het verleden geleid tot de nodige kritiek op de uitkomst van de Slavenburgbeschikkingen.²⁷ Die kritiek leek lange tijd geluwd maar is onlangs weer aangewakkerd, waarmee het leerstuk van feitelijk leidinggeven voor het eerst sinds de jaren '80 van de vorige eeuw weer in beweging komt.

3. Ontwikkelingen in literatuur en jurisprudentie

In het Drijfmestarrest heeft de Hoge Raad een aanzienlijk ruimere uitleg gegeven aan de klassieke IJzerdraad-criteria. Tegenwoordig moet onder aanvaarden mede worden begrepen 'het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging'.²⁸ Concreet houdt dit in dat (voorwaardelijk) opzet niet langer noodzakelijk is voor de vaststelling van daderschap van – let wel – niet-doleuze delicten. De vraag of deze uitbreiding eveneens van toepassing is op het functioneel daderschap van natuurlijke personen heeft de Hoge Raad inmiddels bevestigend beantwoord.²⁹ In het verlengde van die discussie is de vraag opgeworpen of een gelijksoortige uitleg niet ook voor feitelijk leidinggeven zou moeten volstaan.

In diens conclusie voor HR 14 februari 2012, *NJ* 2012, 133 stelt A-G Vellinga dat voor het feitelijk leidinggeven aan overtredingen en culpoze misdrijven niet noodzakelijk zou moeten zijn dat de leidinggevende op de hoogte was van de aan de rechtspersoon verweten verboden gedraging(en) of van soortgelijke gedragingen. Voldoende is dat deze daarvan op de hoogte had moeten zijn. Op basis daarvan bepleit hij om onder omstandigheden – een bijkomende voorwaarde die hij helaas niet nader uitwerkt – ook bij feitelijk leidinggeven genoeg te nemen met het bovengenoemde betrachten van onvoldoende zorg als grond voor aansprakelijkheid, in het bijzonder bij overtredingen en culpoze misdrijven.³⁰ Dergelijk leidinggeven krijgt van hem de kwalificatie

21. <http://www.bndestem.nl/regio/moerdijk/om-niet-in-cassatie-in-strafzaak-chemie-pack-1.6000158>.

22. Doorenbos 2014, p. 36; De Hullu 2015, p. 507.

23. C.H. Brants, 'Slavenburg en de grenzen van het strafrecht', *Recht en kritiek* 1988/14, afl. 1, p. 52.

24. Zie ook in dit kader het vonnis van de rechtbank inzake Chemie-Pack waar de rechtbank vergaande betekenis toekende aan de zichtbaarheid van de gedragingen, de overzichtelijkheid van het bedrijfsterrein, de bekendheid met de algehele veiligheidscultuur en het feit dat vergunnings- en veiligheidsvoorschriften op meerdere fronten werden overtreden.

25. Zie hierover uitvoerig aan de hand van verschillende organisatie模ellen M.J. Hornman, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevers van ondernemingen. Een beschouwing vanuit multidimensionaal perspectief* (diss. UU), Den Haag: Boom juridisch 2016.

26. Vgl. Brants *R&K* 1988/14, p. 55; J.C. Coffee jr., "'No Soul to Damn: No Body to Kick': An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment", *Michigan Law Review* 1981/79, afl. 3, p. 397.

27. Zie bijvoorbeeld Brants *R&K* 1988/14, p. 54-58 en J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 157.

28. HR 21 oktober 2003, *NJ* 2006, 328 m.nt. P.A.M. Mevis (Drijfmest), r.o. 3.4.

29. HR 8 december 2015, *NJ* 2016, 23.

30. Conclusie A-G Vellinga voor HR 14 februari 2012, *NJ* 2012, 133, punten 12 en 13.

‘slecht leidinggeven’ mee, leidinggeven door de boel te laten versloffen. Deze door Vellinga voorgestane uitleg heeft in de literatuur breder steun verworven en heeft ook in de rechtspraktijk al enige navolging gekregen.³¹ De Hoge Raad hield zich in het desbetreffende arrest op dit punt nog op de vlakte, maar lijkt met zijn algemene overwegingen in diens recente overzichtsarrest de boot definitief af te houden door nogmaals te benadrukken dat in feitelijk leidinggeven een zelfstandig opzetvereiste ligt besloten.³² Eerder had ook Doorenbos zich al duidelijk uitgesproken tegen een dergelijke verruiming en voor het bewaken van de huidige ondergrens voor aansprakelijkheid. Het zou niet aan het strafrecht zijn om mismanagement aan te pakken.³³ Bovendien zou aansprakelijkheid dan te snel intreden en gaan neigen naar een risicoaansprakelijkheid waarbij nagenoeg elke door de rechtspersoon begane misstap ook aan diens leidinggevend wordt toegerekend.³⁴ Door een (voorwaardelijk) opzeteis te hanteren wordt dat voorkomen en wordt eveneens voorzien in een duidelijke afbakening van de strafrechtelijke aansprakelijkheid.

4. Consequentie van de opvatting van de Hoge Raad

Hoewel de door Vellinga gepropageerde invulling zeker niet vrij is van kritiek,³⁵ kleven ook aan de door de Hoge Raad gevolgde benadering serieuze nadelen. Ondermaats en zelfs ernstig ondermaats leidinggeven wordt door de Hoge Raad gesauveerd. Iemand kan alleen feitelijk leidinggeven aan feiten waarvan hij of zij minstens in ‘soortgelijke zin’ op de hoogte is, hoe verwijtbaar die onwetendheid ook is. Daarmee plaatst de Hoge Raad eigenlijk een *sanctie op* het vergaren van *kennis* en het instellen van nader onderzoek.³⁶ Het is de kennis van de leidinggevende die de zorgplicht activeert: wie weet wordt verantwoordelijk. Daardoor is het vanuit strafrechtelijk oogpunt aantrekkelijk om zo min mogelijk te weten, of scherper geformuleerd: om net voldoende te weten om de in het geding zijnde risico’s in te schatten,

maar net te weinig om strafrechtelijk aansprakelijk te zijn indien deze risico’s zich onverhoopt verwezenlijken.³⁷ Door dergelijk gedrag dat enigszins eufemistisch het label ‘slecht leidinggeven’ heeft meegerekend uit te sluiten van feitelijk leidinggeven, ontstaat de situatie waarin ondermaats presteren niet alleen vrijpleit van aansprakelijkheid,³⁸ maar waarin normconform of bovenmaats presteren zelfs dreigt te worden afgestraft.

De leidinggevende die geen of zeer matig toezicht houdt of waarvan de bedrijfsvoering van de rechtspersoon ernstige gebreken vertoont – oftewel de leidinggevende die ‘slecht’ leidinggeeft aan zijn of haar rechtspersoon –, loopt verhoudingsgewijs maar een kleine kans om op de hoogte te geraken van eventuele interne misstanden. Voorts zal deze leidinggevende bij eventuele pogingen om in te grijpen en strafbare feiten te voorkomen of te beëindigen ernstige hinder ondervinden van de tekortkomingen in de organisatie. Die beperkingen hebben een temperend effect op de maatregelen die in dat kader van de leidinggevende kunnen worden verwacht. De breed gedeelde opvatting is immers dat feitelijk leidinggeven onder geen beding mag afglijden naar een risicoaansprakelijkheid. De inmiddels klassieke stellingname van het Haagse gerechtshof dat het te ver voert om een leidinggevende aan te rekenen dat hij of zij de verboden gedragingen opzettelijk heeft bevorderd enkel op grond van het feit dat de onderneming nu eenmaal is georganiseerd zoals zij is, is daarvoor tekenend.³⁹ Dat betekent dat een slecht functionerende organisatie voor een deel een drukkend effect heeft op de zorgplicht van de leidinggevende. In bepaalde, veelal minder ingrijpende gevallen zal dit gewoonweg betekenen dat de leidinggevende zich meer zal moeten inspannen. Hoe gebrekkiger de interne controlesystemen zijn, des te meer de leidinggevende in het werk zal moeten stellen om die systemen weer op toereikend niveau te krijgen. In andere, doorgaans ernstigere situaties ontstaat evenwel een wisselwerking tussen het slecht toezicht houden door de leidinggevende zelf, de gebrekkige informatievoorziening vanuit de onderneming en de algehele te wensen overlatende bedrijfsvoering en organisatiestructuur die ertoe leiden dat informatie niet doorkomt, terugkoppeling niet plaatsvindt en de leidinggevende eigenlijk in het duister tast over wat er zich afspeelt in zijn of haar onderneming. Alle jurisprudentie die tot op heden op dit vlak aanwezig is, laat zien dat de (slecht functionerende) leidinggevende onder dergelijke omstandigheden grotendeels vrijuit gaat.

Houdt de leidinggevende daarentegen beter toezicht of heeft deze zijn of haar onderneming beter op orde, dan neemt de kans dat signalen van interne misstanden de organisatietop bereiken toe, net zoals de mogelijkheden van de ondernemingsleiding om passend en meer doortastend in te grijpen. Daarmee loopt de (doorgaans als

31. C.M.I. van Asperen de Boer, ‘Feitelijk leidinggeven in besluiten van AFM, DNB en NMa langs de strafrechtelijke meetlat (Deel I)’, *Tijdschrift voor Sanctierecht & Compliance* 2014/4, afl. 1, p. 19-30; A.N. Kesteloo, *De rechtspersoon in het strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 102-104; P.W. van der Kruijs, ‘Joint of superior responsibility’, *Strafblad* 2013/11, afl. 6, p. 479.; Rb. Breda 21 december 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BY7000 (Chemie-Pack); Hof ‘s-Hertogenbosch 22 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1597 (Chemie-Pack) inzake het onder 4 ten laste gelegde feit.

32. HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, r.o. 3.5.3.

33. Doorenbos 2014, p. 33-47. Instemmend ontvangen door De Hullu 2015, p. 504-507 (voetnoot 453 en 462).

34. Doorenbos 2014, p. 33 en 39-40.

35. Zie daarover de volgende paragraaf.

36. Niet alleen het instellen van onderzoek wordt door de Hoge Raad ontmoedigd. Ons hoogste rechtscollege plaatst tevens een *boete op* het vergroten van *zeggenschap* (zie hierover nader Hornman 2016, p. 446-448). De leidinggevende die investeert in mogelijkheden om beter te kunnen ingrijpen, loopt het risico zijn of haar zorgplicht daarmee alleen maar te vergroten.

37. Hornman 2016, p. 231.

38. Vgl. Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 157.

39. Hof ‘s-Gravenhage 2 december 1987, *NJ* 1988, 433 (Vrijspraak Piet S.).

criteriumfiguur⁴⁰ fungerende) ‘gemiddeld presterende’ leidinggevende een grotere kans kennis van strafbare feiten op te doen dan diens ondermaats presterende collega. Stijgt de leidinggevende in kwestie zelfs boven deze doorsnee leidinggevende en oefent deze meer of scherper toezicht uit dan onder de gegeven omstandigheden mocht worden verwacht of heeft deze vergaand geïnvesteerd in een goed functionerende organisatie, dan zal dergelijke kennis naar verwachting nog eerder doordringen en zal de leidinggevende ook veel beter geëquipeerd zijn om corrigerend op te treden.

Kortom, hoe meer de leidinggevende zich inspant, hoe groter de kans is dat deze mogelijke strafbare feiten op het spoor komt en hoe gedetailleerder die informatie doorgaans zal zijn. Het moment waarop die kennis wordt opgedaan is evenwel bepalend voor het intreden van de zorgplicht. Zolang die kennis ontbreekt is er geen zorgplicht en dus ook geen strafrechtelijke aansprakelijkheid. De omvang van de zorgplicht wordt vervolgens bepaald door wat de leidinggevende wist. Naarmate deze meer zicht heeft op de aard, ernst en omvang van de strafbare feiten, zal van de betrokkene ook een meer nauwgezette aanpak worden verwacht. De betrokkene is immers beter in staat om te beoordelen welke maatregelen passend en geboden zijn, hetgeen maakt dat deze ook gehouden wordt om met een meer toegesneden oplossing te komen. In zoverre dient zich dus een subjectivering van de in beginsel objectieve norm aan.⁴¹ De toename in kennis en kunde resulteert in verplichting om die wetenschap en vaardigheden ook aan te wenden. Meer doen dan strikt noodzakelijk is daarmee in alle opzichten eigenlijk onverstandig nu de leidinggevende zich met deze extra inspanningen strafrechtelijk lelijk in de vingers kan snijden door zijn of haar eigen zorgplicht te vergroten. Dit terwijl de zorgplicht van de leidinggevende die juist ernstig tekortschiet in diens toezichthoudende taak niet wordt geactiveerd. Bij de wenselijkheid van dit onbedoelde neveneffect van de jurisprudentie van de Hoge Raad kunnen vraagtekens worden geplaatst. Extra inspanningen van de leidinggevende worden, zo lijkt het, eerder afgestraft dan beloond. De zorgplicht treedt sneller in en is ook nog eens omvangrijker.

Slechts indien een leidinggevende zich doelbewust onwetend houdt van (dreigende) strafbare feiten is het voorgaande anders. In die situatie kan worden gezegd dat de leidinggevende het plaatsvinden van de hem onbekende verboden gedragingen weldegelijk bewust heeft aanvaard.⁴² Dat laatste is, zoals de Hoge Raad in

zijn overzichtsarrest nogmaals heeft bevestigd, evenzeer het geval bij het zodanig inrichten van de bedrijfsvoering dat de leidinggevende weet dat dit welhaast onvermijdelijk tot het begaan van strafbare feiten moet leiden.⁴³ Beide gevallen dienen zich evenwel niet snel aan. Menig leidinggevende zal succesvol kunnen betogen dat hij of zij de situatie simpelweg heeft onderschat. Het aantonen van het tegendeel zal voor het OM veelal ondoenlijk zijn. Ondernemen is immers ook risico nemen en dat betekent dat de interne druk om de concurrentie het hoofd te bieden soms stevig kan en zelfs moet zijn. Niettemin is het gevolg van deze huidige stand van de jurisprudentie wel dat een daadwerkelijke stimulans om gedegen toezicht te houden en om de interne organisatie van de onderneming goed op orde te hebben uitblijft, in ieder geval vanuit het strafrecht.

5. Kanttekeningen bij het voorstel van Vellinga

De feitelijk leidinggever wordt verweten leiding te hebben gegeven aan door een ander, te weten de rechtspersoon, begane verboden gedragingen. De gedragingen van die ander heeft de leidinggevende veelal niet geheel zelf in de hand. Alle hiërarchische gezagsverhoudingen en organisatorische mogelijkheden om invloed uit te oefenen ten spijt, blijven de ondergeschikten autonome individuen. De leidinggevende is volledig afhankelijk van hun bereidwilligheid om zich te conformeren aan het beleid en de instructies van de ondernemingsleiding, van de zorgvuldigheid die deze medewerkers bij de uitvoering van hun werkzaamheden betrachten en van de wijze waarop zij inspelen op gewijzigde situaties of onverwachte omstandigheden. Dat gedrag kan vergaand afwijken van hetgeen de leidinggevende zelf heeft voorzien en beoogd en daar mogelijk zelfs flagrant mee in strijd zijn. Niettemin is aansprakelijkheid ook in dat geval niet op voorhand uitgesloten nu de leidinggevende deze gevaarzettende situatie zelf heeft gecreëerd of in stand heeft gelaten en de gedragingen van deze ondergeschikten plaatsvinden tegen de achtergrond van het eigen doen en laten van de leidinggevende.⁴⁴ Daardoor ontstaat een zeer precare verhouding tot het schuldbeginsel en is het verwijt van een dreigende risicoaansprakelijkheid nooit ver weg. Duidelijk is dat Hoge Raad, feitenrechter noch doctrine van een risicoaansprakelijkheid willen weten. Dat blijkt niet alleen uit de in de (oude) IJzerdraad- en Slavenburgcriteria besloten liggende voorwaarden van beschikkingsmacht en voorwaardelijk opzet die zich (mede) tegen deze achtergrond laten verklaren,⁴⁵ maar ook uit meerdere toonaangeven-

40. Zie over dit concept nader G.K. Schoep en J.M. ten Voorde, ‘De maat(man) genomen. De plaats en rol van de maatman in het burgerlijk recht voor de strafrechtelijke culpa doordacht’, in: G.K. Schoep e.a. (red.), *Vervlechting van domeinen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.L. de Wijkerslooth* (De Wijkerslooth-bundel), Deventer: Kluwer 2010, p. 85-102.

41. Vgl. A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen. Over opzet, schuld, strafuitsluitingsgronden en straf* (diss. RuG), Apeldoorn: Maklu, p. 45.

42. W.H. Vellinga en F. Vellinga-Schootstra, ‘Eenheid in ouderschap?’, in: A.E. Harteveld, D.H. de Jong en E.F. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge* (Knigge-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 540-541.

43. HR 22 maart 1983, NJ 1983, 502 r.o. 4.3; HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733 r.o. 3.5.3.

44. Vgl. (toegespitst op functioneel ouderschap) A. Postma, *Opzet en toerekening bij medeplegen. Een rechtsvergelijkend onderzoek* (diss. RuG), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2014, p. 262-264 en 278-279. Zie hierover eveneens Hornman 2016, p. 31-32 en 37-41.

45. Knigge DD 1992/22, p. 142.

de vrijspraken⁴⁶ en de discussie over het al dan niet verleggen van de ondergrens voor feitelijk leidinggeven.⁴⁷ Steeds weer is het argument dat een risicoaansprakelijkheid moet worden voorkomen. De angst voor een dreigende uitholling van het schuldbeginnsel leidt dan ook tot een zeer terughoudende opstelling, zowel in de rechtspraak als in de literatuur.

5.1. Relatieve waarde van het schuldbeginnsel

Het grote gewicht dat in deze discussie aan het schuldbeginnsel lijkt te worden toegekend is opvallend, aangezien het maar de vraag is of het schuldbeginnsel tot een dergelijke terughoudende opstelling dwingt. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens formuleert alleen procedurele randvoorwaarden, maar geeft geen algemene ondergrens voor aansprakelijkheid.⁴⁸ De Hoge Raad doet dat met het beginnsel geen straf zonder schuld wel,⁴⁹ maar de concrete betekenis van dat beginnsel voor de nadere invulling en afbakening van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de feitelijk leidinggever laat zich moeilijk vaststellen. De enige harde conclusie die aan dit beginnsel kan worden verbonden is dat er zonder schuld (in de zin van verwijtbaarheid) geen straf kan volgen. Een algemene aanvaardingseis of een kennisvereiste volgt daaruit niet.⁵⁰ Evenmin verplicht dit tot het opnemen van een andersoortig subjectief element in de voorwaarden voor daderschap. Hoogstens kan men betogen dat een al te ruimhartig (objectief) daderschapscriterium dat veelvuldig zal moeten worden gecorrigeerd door middel van een beroep op afwezigheid van alle schuld (avas) onwenselijk is, al was het maar omdat het niet-aannemelijk worden van deze schulduitsluitingsgrond voor risico van de verdachte leidinggevende komt.⁵¹ In de overwegingen van de Hoge Raad klinkt het argument van het schuldbeginnsel dan ook niet door. De Hoge Raad lijkt bij diens stellingname dat voor feitelijk leidinggeven opzet is vereist sterker te leunen op een ander argument dat tegen Vellinga's pleidooi voor het loslaten dan wel nuanceren van het opzetvereiste kan worden aangevoerd. Feitelijk leidinggeven is namelijk een deelnemingsvorm en bij deelneming hoort opzet.

5.2. Plegerschap of deelneming

Hoewel functioneel daderschap en feitelijk leidinggeven van oudsher grote gelijkenis vertonen, of in ieder geval

vertoonden,⁵² bestaat tussen beide aansprakelijkheidsfiguren één fundamenteel en cruciaal verschil dat in deze discussie veelal over het hoofd wordt gezien.⁵³ Functioneel daderschap ziet in de regel op functioneel *plegerschap*, oftewel op het zelf vervullen van de delictsom-schrijving. De vraag die bij functioneel daderschap voorligt is of het door tussenkomst van een ander verrichten van de delictsgedraging als het zelf vervullen van de delictsom-schrijving, oftewel als plegen, kan worden aangemerkt.⁵⁴ Daarmee is functioneel daderschap in de kern eerder een legaliteitsvraagstuk dan een afzonderlijke daderschapsvorm. Primair gaat het hier om een kwestie van *delictsinterpretatie*: kan het bewerkstelligen dat een ander de delictsgedraging in fysieke zin verricht worden aangemerkt als het zelf (functioneel) verrichten van die gedraging?⁵⁵ Is dat laatste het geval, dan is de functionele dader op gelijke voet aansprakelijk als degene die de gedragingen fysiek zou verrichten en is hij of zij dus 'gewoon' pleger. Zo bezien is functioneel daderschap geen afzonderlijke aansprakelijkheidsfiguur of daderschapsvorm, maar een specifieke verschijningsvorm van het reguliere plegerschap die in de delictsom-schrijving zelf besloten ligt.

Als plegerschap vooral een kwestie van delictsinterpretatie is, dan volgt daaruit dat de vraag naar aansprakelijkheid volledig wordt bepaald door de strekking van de voorliggende delictsom-schrijving en dat het daarbij niet uitmaakt of de betrokkene de delictsgedraging nu middellijk (functioneel) of onmiddellijk (fysiek) verricht. De voorwaarden voor aansprakelijkheid zouden in beide gevallen hetzelfde moeten zijn. Er zou in ieder geval geen reden moeten zijn om buiten de delictsom-schrijving om voor de ene (functionele) pleger een extra voorwaarde voor aansprakelijkheid in het leven te roepen die voor de andere (fysieke) pleger niet geldt. Dat laatste was wel wat er gebeurde onder de oude invulling van de IJzerdraadcriteria die zoals eerder aangegeven een voorwaardelijk opzetvereiste introduceerde voor de functionele dader. Tegen die bijkomende en ongeacht de aard van het gronddelict geldende aansprakelijkheidseis is lange tijd geageerd.⁵⁶ Het is waarschijnlijk ook daarom dat de Hoge Raad is afgestapt van de in de oude IJzerdraadcriteria besloten liggende (voorwaardelijk) opzet-eis. Evenals de fysieke pleger dient de functionele pleger tegenwoordig uitsluitend over opzet te beschikken indien in de delictsom-schrijving een impliciet of expliciet doleus bestanddeel is opgenomen.

46. Zie bijv. Hof 's-Gravenhage 2 december 1987, NJ 1988, 433 (Vrijspraak Piet S.) en Hof Amsterdam 28 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH1791 (Ahold commissaris).

47. Zie o.a. Brants R&K 1988/14 en Doorenbos 2014, en voor functioneel daderschap A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven* (diss. UvA), Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 172-173.

48. E.H.A. van Luijk, *Het schuldbeginnsel in het Nederlandse strafrecht. Een verkenning aan de hand van de geschiedenis van het Nederlandse strafrecht, de kentekenaansprakelijkheid en het EVRM* (diss. RuG), Ridderkerk: Ridderprint BV 2015, p. 364-365, 386-387 en 431-432. Zie hierover eveneens Hornman 2016, p. 470-471.

49. HR 14 februari 1916, NJ 1916, p. 618 e.v. (Melk en water).

50. Sikkema 2010, p. 90.

51. Hornman 2016, p. 471-472; Sikkema 2010, p. 49-50 en 90; H.D. Wolswijk, 'Functioneel daderschap en IJzerdraadcriteria', *DD* 2001/31, afl. 10, p. 1101-1102.

52. In deze laatste zin Sikkema 2010, p. 80. Als gevolg van de verruiming van de IJzerdraadcriteria zouden beide aansprakelijkheidsfiguren uit elkaar zijn gegroeid.

53. Zeldzame uitzonderingen hierop zijn Doorenbos 2014, p. 39 en Sikkema 2010, p. 64 en 96-98 die dit verschil in dogmatisch karakter wel uitdrukkelijk laten meewegen.

54. Knigge, *DD* 1992/22, p. 129 en 132; Knigge/Wolswijk 2015, p. 298; Vellinga & Vellinga-Schootstra 2005, p. 527.

55. In geval van functioneel deelnemen gaat het om de vraag of dat bewerkstelligen kan worden gezien als het deelnemen aan die gedraging.

56. Zie o.a. E. Gritter, 'Functioneel plegen door een natuurlijk persoon', in: J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 21-22; Knigge, *DD* 1992/22, p. 141; Wolswijk, *DD* 2001/31, p. 1089.

De beoordeling van functioneel daderschap valt bij misdrijven dan ook in twee stappen uiteen. De eerste vraag is die naar de 'toerekening' van de gedraging.⁵⁷ In dat kader is inmiddels voldoende dat de betrokkene niet de mate van zorg heeft betracht die in redelijkheid van hem kon worden gevergd met het oog op het voorkomen van de verweten verboden gedraging.⁵⁸ Daarmee is het aanvaardingscriterium weliswaar verruimd, maar een ander aspect uit het IJzerdraad arrest – namelijk dat opzet of culpa 'door het Nederlandse strafrecht nergens wordt toegerekend aan een natuurlijk persoon, indien die geestesgesteldheid bij hem of haar niet persoonlijk aanwezig is geweest'⁵⁹ – blijft onverkort van kracht. De tweede vraag, en die is als gevolg van de voornoemde verruiming verder losgekoppeld van de eerste, is aldus die naar de vervulling van de subjectieve delictsbestanddelen. Die subjectieve bestanddelen zal de functionele dader zelf moeten vervullen. Opzet of schuld moeten bij hem of haar persoonlijk aanwezig zijn. Voorheen vielen beide vragen als gevolg van het in het oude aanvaardingscriterium besloten liggende opzetvereiste doorgaans grotendeels samen. Grotendeels, want het aanvaarden uit de oude IJzerdraadcriteria zag enkel op het aanvaarden van de gedraging, terwijl aanvaarden als onderdeel van voorwaardelijk opzet ziet op alle door het schuldverband bestreken bestanddelen.⁶⁰ Tegenwoordig is die gedeeltelijke overlap nagenoeg verdwenen en gaat het om twee duidelijk separate vragen.

Feitelijk leidinggeven wordt sinds de Slavenburgbeschikkingen over het algemeen beschouwd als een, zij het bijzondere, *deelnemingsvorm*.⁶¹ Dit sui generis-karakter dankt het aan het specifieke accessoriteitsvereiste, namelijk dat het grondfeit moet zijn begaan door een rechtspersoon. Deelneming kenmerkt zich evenwel door het ongeacht de aard van het gronddelict hanteren van een dubbel opzetvereiste: opzet op het grondfeit en opzet op de samenwerking (het zijn van deelnemer), oftewel opzet op de deelnemingshandeling, in casu het leidinggeven.⁶² Dit dubbel opzetvereiste valt bij overtredingen en culpoze misdrijven weliswaar iets anders uit, maar geldt niettemin onverkort.⁶³ Dat de Hoge Raad feitelijk leidinggeven als een deelnemingsvorm ziet kan mijns inziens worden afgeleid uit rechtsoverweging 3.5.3 van het overzichtsarrest waar ons hoogste rechtscollege stelt dat in feitelijk leidinggeven een *zelfstandig*

opzetvereiste op de verboden gedragingen ligt besloten. Zoals eerder is uiteengezet past een dergelijk zelfstandig opzetvereiste niet bij plegerschap. Met de (pure) aansprakelijkstelling die in paragraaf 6 nader wordt besproken is deze voorwaarde op zich niet onverenigbaar, maar in dat geval is deze evenmin direct vanzelfsprekend. In de lijn van R Emmelink past deze voorwaarde in ieder geval niet.⁶⁴ Daar komt bij dat de Hoge Raad tot op heden geen signalen heeft afgegeven die erop duiden dat hij feitelijk leidinggeven als een van de rechtspersoon afgeleide secundaire vorm van aansprakelijkheid ziet. Sterker nog: alle signalen die er zijn wijzen in een andere richting. Van enige rangorde in de aansprakelijkheidsverhouding tussen rechtspersoon en leidinggevende is immers geen sprake,⁶⁵ hetgeen bij een aansprakelijkstelling wel in de lijn der verwachtingen zou liggen. Bij feitelijk leidinggeven gaat het er echter niet om of de leidinggevende een aanvullend verwijt kan worden gemaakt ten opzichte van de rechtspersoon, maar om de vraag of de leidinggevende een persoonlijk verwijt treft.⁶⁶ De enige interpretatie waarin aan feitelijk leidinggeven een inherent opzetvereiste toekomt, en die dus het meest aansluit bij de jurisprudentie van de Hoge Raad, is die van feitelijk leidinggeven als deelnemingsvorm. Daarvoor geldt immers de voorwaarde van dubbel opzet. Deze opvatting wordt ondersteund door de aansluitende overwegingen van de Hoge Raad waarin met het eveneens voor deelneming kenmerkende globaal opzet genoegen wordt genomen.⁶⁷ Voor het aannemen van feitelijk leidinggeven is afdoende dat de betrokkene kennis heeft van strafbare feiten die in rechtstreeks verband staan met de aan de rechtspersoon verweten verboden gedragingen. Het kan daardoor eigenlijk niet anders dan dat de Hoge Raad feitelijk leidinggeven beschouwt als een vorm van deelneming.

De voorgaande beschouwingen laten zien dat het automatisch doortrekken van de verruimde interpretatie van de voor functioneel plegen geldende IJzerdraadcriteria naar de deelnemingsvorm feitelijk leidinggeven dogmatisch gezien verre van vanzelfsprekend en bovenal onzuiver is. Het loslaten van het opzetvereiste druist direct in tegen het deelnemingskarakter. De vraag die door Vellinga wordt opgeworpen heeft daarom een veel verdergaande implicatie dan men bij eerste aanblik zou denken. Door het opzetvereiste ter discussie te stellen worden niet alleen de Slavenburgcriteria in twijfel getrokken, maar ook het dogmatische karakter van feitelijk leidinggeven. Dat laatste mag natuurlijk, maar heeft

57. De dogmatische discussie over de rol van toerekening bij functioneel daderschap laat ik hier verder rusten. Zie hierover o.a. De Hullu 2015, p. 159 (voetnoot 37); Sikkema 2010, p. 30-32; De Valk 2009, p. 396-397; Wolswijk DD 2001/31, p. 1090-1097. Zie voor mijn eigen standpunt Hornman 2016, p. 28-30.

58. HR 8 december 2015, NJ 2016, 23.

59. HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378 m.nt. B.V.A. Röling (IJzerdraad).

60. De Hullu 2015, p. 163; Doorenbos 2015, p. 44.

61. A.C. 't Hart en M.J.H.J. de Vries-Leemans, 'Enige opmerkingen betreffende het feitelijk leiding geven', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenboek honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 291; De Hullu 2015, p. 500; Sikkema 2010, p. 63-66.

62. De Hullu 2015, p. 443-447 en 500; Knigge/Wolswijk 2015, p. 261-266.

63. In dat geval blijft het opzet beperkt tot de gedraging van het delict (De Hullu 2015, p. 504; De Valk 2009, 431).

64. Hij neemt genoegen met culpa (zie Hazewinkel-Suringa/R Emmelink 1996, p. 156-157).

65. HR 31 mei 1988, NJ 1989, 60; HR 6 december 1988, NJ 1989, 497; Doorenbos 2015, p. 75; De Hullu 2015, p. 167 (voetnoot 80). Anders op dit punt De Valk 2009, p. 411-412, 425 en 559-560 die een verhouding van primair daderschap (de rechtspersoon) en secundair daderschap (de leidinggevende) meent waar te nemen.

66. Hornman 2016, p. 56.

67. Kraaijeveld en Altena interpreteren deze overwegingen in hun annotatie onder dit arrest in JOR 2016, 195 anders en menen hierin een stellingname over het al dan niet toereikend zijn van kleurloos opzet te ontwaaren. Een dergelijk standpunt zie ik in deze overwegingen niet terug.

uiteraard wel meer voeten in de aarde en vraagt om een meer diepgravende overpeinzing.⁶⁸

5.3. Generiek opzet niet alleen nodig maar ook afdoende

Voorts kan worden betwijfeld of het eventueel bijstellen van het dogmatische karakter van feitelijk leidinggeven wel tot het gesuggereerde meer ruimhartige aansprakelijkheidsregime zal leiden. Als deelnemingsvorm stelt feitelijk leidinggeven weliswaar een opzetvereiste dat ongeacht de aard van het gronddelict geldt, maar dit is wel een globaal of generiek opzetvereiste.⁶⁹ Dat vereiste geldt niet alleen altijd, het is ook altijd voldoende, zelfs als het grondfeit een zwaardere of specifiekere opzetvereiste hanteert. Voor de functioneel pleger ligt dat gezien de bovengenoemde tweestappenbenadering anders. Als pleger dient deze zelf de delictomschrijving te vervullen en dus ook over het daarin genoemde opzet te beschikken en het eventueel vereiste bijkomende oogmerk. Als deelnemer hoeft dat oogmerk echter niet bij de feitelijk leidinggever persoonlijk aanwezig te zijn. Voldoende is dat de leidinggever voorwaardelijk opzet heeft op het feit dat de rechtspersoon dat oogmerk heeft.⁷⁰ Dat verschil is miniem, maar daarmee nog niet zonder betekenis, zeker nu de vraag wanneer een bestanddeel een kernbestanddeel is waarover het opzet van de feitelijk leidinggever zich dient uit te strekken nog niet is uitgekristalliseerd.⁷¹

Concluderend kan aldus worden gesteld dat hoewel de aansprakelijkheidsdrempel voor overtredingen en culpoze misdrijven bij functioneel daderschap lager uitpakt, dit voor bepaalde doleuze delicten anders kan zijn. Bij oogmerkdelicten is dat zelfs onmiskenbaar het geval. Aangezien menig vermogensdelict zich kenmerkt door het stellen van een oogmerkvereiste, is het nog maar de vraag of het in dit opzicht gelijkschakelen van functioneel daderschap en feitelijk leidinggeven tot de beoogde effectievere (lees: eenvoudigere) aansprakelijkstelling zal leiden. Het toerekenen van de gedraging wordt weliswaar eenvoudiger, maar de bewijslast van de persoonlijke wetenschap van de leidinggevende wordt alleen maar verzaamd. Dit terwijl de wens om naast of in plaats van de rechtspersoon ook de natuurlijke personen achter die rechtspersoon aan te spreken zich naar verwachting het sterkst aandient bij de zwaardere (opzet)delicten. Bij overtredingen zal sneller genoeg worden genomen met het in rechte aanspreken van de rechtspersoon.

6. Pure aansprakelijkstelling evenmin wenselijk

Het voorgaande laat zien dat zowel aan de opvatting van de Hoge Raad als aan het voorstel van Vellinga serieuze nadelen kleven. De Hoge Raad sauveert 'slecht' leidinggeven, terwijl 'goed' leidinggeven, het houden van bovenmatig toezicht, eigenlijk wordt afgestraft. Door de ruimhartige uitleg die in het Drijfmetarrest aan de IJzerdraadcriteria is gegeven door te trekken naar feitelijk leidinggeven zou daaraan tegemoet kunnen worden gekomen. Dat zou evenwel inhouden dat het thans geldende vereiste van voorwaardelijk opzet wordt losgelaten en dat valt eigenlijk niet te rijmen met het deelnemingskarakter van feitelijk leidinggeven.

Bij de gangbare indeling van functioneel daderschap en feitelijk leidinggeven als verschijningsvormen van pleger respectievelijk deelneming kunnen op zichzelf vraagtekens worden geplaatst. Geheel vrij van kritiek is die indeling immers niet.⁷² Dat neemt echter niet weg dat dit onderscheid over het algemeen redelijk onomstreden is en bovenal bijzonder bruikbaar is voor de nadere vormgeving en afbakening van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Of opzet nodig is, waar dit opzet op moet zijn gericht en hoe om moet worden gegaan met afwijkend opzet, al deze vragen laten zich aan de hand van deze indeling beantwoorden. Het derde alternatief, feitelijk leidinggeven zien als een (pure) aansprakelijkheidstelling zoals in het verleden vooral door Remmelink is betoogd, biedt die duidelijkheid niet. Hierdoor zou eigenlijk een soort *onbestemde aansprakelijkheidsfiguur* worden gecreëerd die zich niet laat inpassen in de daderschapsregeling zoals deze in het Wetboek van Strafrecht ligt besloten. Alle voorhanden zijnde richtlijnen voor de inrichting van aansprakelijkheid zoals deze voortvloeien uit het wettelijk systeem gaan daarmee verloren.

Zo is de kwalificatie van feitelijk leidinggeven als aansprakelijkheidstelling voor Remmelink bijvoorbeeld een belangrijk argument om genoeg te nemen met een culpoze maatstaf voor aansprakelijkheid en een doleuze maatstaf te verwerpen.⁷³ Doorenbos zou datzelfde gegeven echter aangrijpen om te pleiten voor een rangorde in het vervolgingsbeleid waarin de rechtspersoon als primaire dader en de leidinggevende als secundaire dader wordt beschouwd. Het primaire daderschap van de rechtspersoon rechtvaardigt niet alleen een meer terughoudende opstelling ten aanzien van de feitelijk leidinggever, maar zorgt er in zijn ogen ook voor dat het stellen van een aanvullend opzetvereiste op zijn plaats is.⁷⁴

Zeker de door Remmelink voorgestane invulling roept vragen op. Indien voor het aannemen van feitelijk leidinggeven kan worden volstaan met culpa of, zoals het

68. Tegen die achtergrond is het ook jammer dat Vellinga niet aangeeft hoe hij feitelijk leidinggeven dogmatisch karakteriseert. De kwalificatie als pleger, (bijzondere) deelnemer of als verderop te bespreken aansprakelijkgestelde maakt namelijk nogal wat uit en zou de duiding van diens voorstel absoluut ten goede zijn gekomen.

69. Doorenbos 2014, p. 36; De Hullu 2015, p. 507-508; Knigge/Wolswijk 2015, p. 312.

70. Wolswijk 2007, p. 100.

71. Zie voor verdere bronverwijzingen voetnoot 16.

72. Zie hierover nader o.a. Hornman 2016, p. 472-473; Kesteloo 2013, p. 97-102; Wolswijk 2007, p. 109.

73. Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 156-157.

74. D.R. Doorenbos, 'Feitelijk leiding geven', *Strafblad* 2015/13, afl. 6, p. 456-457 en 460.

geval zou zijn bij het doortrekken van de verruimde IJzerdraadcriteria, louter verwijtbaarheid, dan ontstaat de situatie dat men kan worden veroordeeld en bestraft als feitelijk leidinggever aan een doleus delict zonder dat opzet persoonlijk zelfs maar in meest minimale zin te hebben gehad. Dit zou een uiterst accessoire aansprakelijkheidsfiguur creëren, waarvan het ook nog maar de vraag is of de voorliggende bewijsproblematiek hierdoor wordt opgelost. Waarschijnlijker is dat aspecten die nu naar voren komen in de daderschapsvraag niet worden weggenomen, maar eerder worden vooruitgeschoven om later bij de straftoemeting alsnog op te duiken.⁷⁵ Voorts kan worden betoogd dat een algehele verlaging van de drempel voor aansprakelijkheid vooral negatief uitpakt voor laaggeplaatste leidinggevers en leidinggevers van kleine ondernemingen. Deze leidinggevers zitten immers dicht op het strafbare feit waardoor ook eerder sprake zal zijn van een persoonlijk verwijt aan hun adres. Voor het hogere management van omvangrijke organisaties zal dat veel minder snel het geval zijn.⁷⁶

7. Alternatief 1: vaker opteren voor functioneel daderschap

Zijn er dan geen alternatieve oplossingen die aan de bovengenoemde bezwaren tegemoet kunnen komen? Mijns inziens zijn er twee mogelijkheden binnen het bestaande wettelijke systeem die het overwegen waard zijn.⁷⁷

Met het uit elkaar groeien van functioneel daderschap en feitelijk leidinggeven als gevolg van de verruiming van de IJzerdraadcriteria zijn twee parallelle aansprakelijkheidsfiguren ontstaan die grotendeels hetzelfde beogen, maar als gevolg van een verschil in dogmatisch karakter andere voorwaarden stellen voor aansprakelijkheid. Daardoor wordt het voor het Openbaar Ministerie en, zij het in mindere mate, de diverse bestuursrechtelijke handhavende instanties mogelijk om naar gelang de wenselijkheid van een bepaalde uitkomst en voor zover het normadressaatschap van de straf-/sanctie bepaling dat toelaat, te opteren voor de *weg van de minste weerstand* ('selectief shoppen') en dus te kiezen voor de aansprakelijkheidsfiguur die in het concreet voorliggende geval de laagste voorwaarden voor aansprakelijkheid hanteert. Het voorgaande betoog heeft laten zien dat de aansprakelijkheidsdrempel voor functioneel daderschap bij overtredingen en culpoze misdrijven aanzienlijk lager ligt dan de voorwaardelijk opzetdrempel die voor feitelijk leidinggeven geldt. Bij oogmerkdelicten is dit precies omgekeerd. Daar moet het benodigde oogmerk bij de functionele dader persoonlijk aanwezig zijn, terwijl de feitelijk leidinggever dat oogmerk niet persoonlijk

hoefte te hebben. Alleen het normadressaatschap van de straf-/sanctie bepaling kan deze keuzevrijheid inperken. Dat zal zich evenwel vooral in de bijzondere ordeningswetgeving voordoen. Vandaar dat de keuzevrijheid in het bestuursrecht beperkter zal zijn. Bij de meer commune strafbepalingen uit het Wetboek van Strafrecht heeft het OM daarentegen nagenoeg de vrije hand. Tot op heden lijkt functioneel daderschap echter vooral te worden gereserveerd voor het aanspreken van leidinggevers van eenmanszaken. Ondernemingsvormen met rechtspersoonlijkheid (in strafrechtelijke zin) en hun leidinggevers worden daarentegen nagenoeg uitsluitend onder het regime van art. 51 Sr vervolgd. Juridisch gezien is er, behoudens het voornoemde normadressaatschap, evenwel geen enkele reden om functioneel daderschap niet toe te passen op leidinggevers van rechtspersonen. Voor het OM zou het aantrekkelijk kunnen zijn om meer naar die mogelijkheid te kijken.

8. Alternatief 2: een zorgplichtgerichte benadering van voorwaardelijk opzet

Het loslaten van het opzetvereiste en het sleutelen aan het dogmatisch karakter van feitelijk leidinggeven is zoals aangegeven om meerdere redenen onwenselijk. Tegelijkertijd blijft het bezwaarlijk dat leidinggevers die hun toezichthoudende taak evident verzaken daarvan lijken te kunnen profiteren. Zonder kennis komt immers geen zorgplicht tot stand. Daardoor lijkt een patstelling te ontstaan: het is of concessies doen aan essentiële uitgangspunten van de strafrechtsdogmatiek of straffeloosheid. Deze impasse kan echter vrij eenvoudig worden doorbroken door, zoals op andere deelterreinen van het strafrecht al gebruikelijk is, het bewijs van opzet te leveren aan de hand van feiten en omstandigheden die mede een zorgplichtschending inhouden. De bewijsconstructie komt er dan op neer dat de betrokkene door geen maatregelen te nemen om het strafbare feit te voorkomen, of de kans daarop substantieel te reduceren, terwijl daar wel alle aanleiding en gelegenheid toe heeft bestaan, bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de desbetreffende verboden gedragingen zich zouden verwezenlijken. Deze bewijsconstructie wordt ook gehanteerd bij drugssmokkel, waar uit het niet controleren van de inhoud van een door een ander meegegeven of ingepakte koffer voorafgaand aan een vliegreis voorwaardelijk opzet op het zich daarin bevinden van verdovende middelen kan worden afgeleid.⁷⁸ Op grond van diezelfde argumentatie kan worden betoogd dat onder bepaalde specifieke omstandigheden het nalaten om gedegen toezicht uit te oefenen kan worden gezien als

75. Wat dat betreft is een 'Einheitstätersystem' ook niet zaligmakend (zie M.M. van Toorenburg, *Medeplegen* (diss. UvT), s.l.: s.n. 1998, p. 264).

76. Zie hierover nader Hornman 2016, p. 441-449 en 466-477.

77. Zie voor een derde optie die wel een wetswijziging zou vergen nader Hornman 2016, p. 480-488.

78. M. Kessler, *Subjectieve bestanddelen in bijzondere wetten* (diss. RuG), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 48 en 231.

een bewuste aanvaarding van het feit dat de rechtspersoon strafbare feiten zal begaan. Het gaat dan om situaties waarin maatregelen ter voorkoming van het door de rechtspersoon begane strafbare feit achterwege zijn gelaten, terwijl er voor het nemen van dergelijke maatregelen alle aanleiding en gelegenheid heeft bestaan, of om gevallen waar in het geheel niet of niet noemenswaardig is gecontroleerd of aan de gestelde voorwaarden is voldaan. Wanneer een dergelijke omstandigheid zich aandient, kan en mag uit zodanig evident nalaten worden afgeleid dat de leidinggevende bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de verweten verboden gedragingen zich zouden voordoen.⁷⁹ Dat behelst meer dan het louter tekortschieten in het naleven van de zorgplicht. Volgens Kessler gaat het erom dat de betrokkene 'kenmerkend bewust zeer voor de hand liggende maatregelen achterwege heeft gelaten en de hem bekende risico's aldus voor lief heeft genomen.'⁸⁰ Het is dus niet vereist dat de leidinggevende een succesvol beroep kan doen op afwezigheid van alle schuld als gevolg van het betrachten van de maximaal of in redelijkheid te vergen zorg.⁸¹ Waar het om gaat is dat de leidinggevende zelfs niet de moeite heeft genomen om de meest basale zorgplicht om toezicht te houden of om onderzoek in te stellen na te komen en daardoor niet op de hoogte geraakt van het feit dat de rechtspersoon strafbare feiten begaat, terwijl deze die kennis zelfs bij de minste inspanningen wel zou hebben verkregen. De huidige premie op onwetendheid zou daarmee op een cruciaal punt aanzienlijk worden gereduceerd. Tegelijkertijd blijft de kern van opzet als willens en wetens handelen overeind.⁸² Dat een leidinggevende heeft nagelaten om nader onderzoek in te stellen omdat deze de aard, ernst en omvang van de situatie heeft onderschat en dus mogelijk culpoos heeft gehandeld, is niet afdoende. Enkel van leidinggevend die in het licht van de onmiskenbaar bestaande noodzaak tot het houden van toezicht en/of het treffen van maatregelen dat toezicht en/of die maatregelen bewust achterwege laten, kan en mag worden gesteld dat zij het risico dat zich door die evidente tekortkoming verboden gedragingen zullen aandienen bewust hebben aanvaard. Daarmee is voorwaardelijk opzet gegeven. Van het uithollen van het voorwaardelijk opzetbegrip is daarbij geen sprake en van het afglijden naar een risicoaansprakelijkheid evenmin.⁸³ Daaraan doet niet af dat de betrokkene mogelijk geen kennis draagt van de concreet begane strafbare feiten. Hij of zij heeft er immers bewust voor gekozen om zelfs het meest minimale toezicht dat die kennis had

kunnen opleveren achterwege te laten. Ook dat levert bewust aanvaarden op.

Door het voor feitelijk leidinggeven benodigde opzet op de bovengenoemde wijze te benaderen kan worden voorkomen dat de ondermaats presterende en daarmee onwetende leidinggever beter af is dan diens collega die zijn of haar toezichthoudende taak wel naar behoren vervult. De leidinggevende die zelf schuldig is aan zijn eigen onwetendheid kan zich niet langer achter die onwetendheid verschuilen. Doordat in het geheel niet de moeite is genomen om toezicht te houden, mag aan die onwetendheid worden voorbijgegaan.

In het verlengde van het voorgaande blijft overigens wel de vraag voorliggen in hoeverre feitelijk leidinggeven zelfs onder reguliere omstandigheden een verplichting tot het instellen van nader onderzoek of het houden van toezicht in zich draagt. Uit de huidige stand van de jurisprudentie lijkt een verplichting daartoe niet voort te vloeien. Het is bijvoorbeeld maar de vraag of een leidinggevende is gehouden om erop toe te zien dat de door hem of haar uitgevaardigde en door anderen nader ingevulde maatregelen daadwerkelijk bijdragen aan het voorkomen dan wel beëindigen van de geconstateerde strafbare feiten. De wellicht wat gedateerde Slavenburg-jurisprudentie toont zich op dit vlak nog zeer terughoudend en komt erop neer dat de leidinggevende – behoudens signalen van het tegendeel – erop mag vertrouwen dat zijn of haar ondergeschikten ook daadwerkelijk gevolg geven aan de verstrekte instructies en deze naar behoren opvolgen. Een verplichting om dat actief te monitoren is er niet.⁸⁴ Ook de vraag in hoeverre er bij gerezen vermoedens van misstanden een verplichting bestaat om nader onderzoek in te stellen blijft tot op heden onbeslecht. In dat opzicht zou de Hoge Raad de zorgplicht van de feitelijk leidinggever in de toekomst nog wel wat verder mogen verduidelijken.⁸⁵ De cruciale vraag lijkt vooral te zijn onder welke omstandigheden het schenden van die zorgplicht ook aanvaarding oplevert van de strafbare feiten die daarvan het gevolg zijn.

9. Afsluiting

Hoewel de in de klassieke Slavenburgcriteria besloten liggende opzeteis in de recente literatuur en feitenrecht spraak steeds vaker in twijfel wordt getrokken en wordt losgelaten, wil de Hoge Raad in zijn onlangs gewezen overzichtsarrest van geen wijken weten en houdt ons hoogste rechtscollege onverkort aan deze voorwaarde voor aansprakelijkheid vast. Daarmee lijkt ook het deelnemingskarakter van deze rechtsfiguur nogmaals te worden bevestigd. Dat laatste is mijns inziens zonder meer terecht nu dit karakter uiterst bruikbaar is bij de nadere vormgeving en afbakening van aansprakelijkheid. Wel

79. Kessler 2001, p. 166, 170, 231 en 243; F. de Jong en E. Sikkema, 'Subjectieve bestanddelen', in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Lemma 2011, p. 412; B.F. Keulen, *Economisch strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 40-41; Hornman 2016, p. 478-480.

80. Kessler 2001, p. 231.

81. Kessler 2001, p. 233-234 en 243; De Jong & Sikkema 2011, p. 413; Hornman 2016, p. 479-480.

82. Kessler 2001, p. 232.

83. Kessler 2001, p. 232; De Jong & Sikkema 2011, p. 413; Hornman 2016, p. 479.

84. Zie hierover nader Hornman 2016, p. 222-226.

85. Mijn eigen ideeën voor een meer zorgplicht georiënteerde benadering van feitelijk leidinggeven heb ik elders al uiteengezet (zie hierover nader Hornman 2016, in het bijzonder p. 449-491).

zou de Hoge Raad naar mijn mening bij de beoordeling van dat opzet meer gewicht mogen toekennen aan de zorgplicht, in die zin dat het grovelijk tekortschieten in het houden van toezicht en/of het treffen van maatregelen zou mogen worden gelijkgesteld met het klassieke bewust aanvaarden. Elders in het strafrecht gebeurt dit ook. Door voorwaardelijk opzet op deze wijze in te vullen wordt een einde gemaakt aan de huidige situatie waarin de ‘slechte’/lakse leidinggever eigenlijk beter af is dan de ‘goede’/toegewijde leidinggever. Vanwege het uitoefenen van gedegen toezicht en het daardoor op de hoogte geraken van eventuele verboden gedragingen ziet deze laatste diens zorgplicht wel worden geactiveerd, terwijl de eerstgenoemde daarvan blijft gevrijwaard. Kennis activeert de zorgplicht. De onwetende blijft zalig. Door schending van de meest basale zorgplicht waar het gaat om toezicht houden en/of ingrijpen echter gelijk te stellen met aanvaarding, kan worden voorkomen dat de ondermaats presterende leidinggevende profiteert van zijn eigen laksheid terwijl de leidinggevende die normconform of bovenmaats presteert zijn zorgplicht daarmee alleen maar verzwaaert. Effectieve rechtshandhaving wordt op deze wijze bevorderd, terwijl tegelijkertijd het opzetvereiste blijft behouden waardoor het deelnemingskarakter van feitelijk leidinggeven wordt gewaarborgd. Aan het schuldbeginsel en het ultimatum remedium karakter van het strafrecht wordt evenmin afbreuk gedaan, nu uitsluitend zeer ernstige schendingen van de zorgplicht onder voorwaardelijk opzet worden gebracht. Niet iedere vorm van falend management wordt daarmee strafwaardig management. Enkel in uitzonderlijke gevallen zal daar sprake van zijn. Dat laatste laat zich ook goed rijmen met de maatschappelijke positie die dergelijke leidinggevers in onze samenleving innemen en met de verantwoordelijkheid die daarbij komt kijken. Dat doet ook recht aan de gedachte van *‘noblesse oblige’*, zeker daar waar het de organisatietop van omvangrijke en complexe ondernemingen betreft.